

Fairness tax – Dernier round

Depuis l'exercice d'imposition 2014, les sociétés belges non-PME et les sociétés étrangères disposant d'un établissement stable en Belgique sont soumises à une cotisation distincte dénommée *Fairness Tax* (art. 219ter et art. 233, al. 3 du CIR 1992 respectivement).

Cette cotisation est applicable lorsque, au cours de la même période imposable, une société distribue des dividendes pour un montant supérieur à sa base imposable tout en ayant diminué cette base par la déduction pour capital à risque (intérêts notionnels) et/ou la déduction des pertes reportées. L'objectif de la *Fairness Tax* consiste dès lors à assurer une taxation minimale des distributions de dividendes lorsque ces distributions portent sur des bénéfices ayant échappé à toute taxation effective du fait des deux déductions précitées.

En pratique, la base de la *Fairness Tax* est constituée par la différence positive entre, d'une part, les dividendes bruts distribués pour la période imposable et, d'autre part, le résultat imposable effectivement soumis à l'impôt, cette base pouvant le cas échéant être diminuée de la partie des dividendes distribués prélevée sur des réserves taxées constituées jusqu'à l'exercice d'imposition 2014. Le solde obtenu est ensuite limité par un pourcentage exprimant le rapport entre, au numérateur, la déduction des pertes reportées et la déduction pour capital à risque effectivement opérées au cours de la période imposable et, au dénominateur, le résultat fiscal de la période à l'exclusion des réductions de valeur, provisions et plus-values exonérées. Un prélèvement de 5,15 % (cotisation complémentaire de crise incluse) est finalement appliqué au montant ainsi obtenu.

En ce qui concerne l'impôt des non-résidents, la distribution d'un dividende à un établissement stable belge par sa maison-mère étrangère étant impossible, l'établissement stable étant dépourvu de personnalité juridique, la loi détermine un dividende fictif. Ainsi, il est prévu que pour l'application de cette disposition, on entend par dividendes distribués la partie des dividendes bruts distribués par la société-mère qui correspond à la partie positive du résultat comptable de l'établissement belge dans le résultat comptable global de la société.

Le 31 janvier 2014, la filiale belge de la société finlandaise Fortum a introduit devant la Cour constitutionnelle un recours en annulation à l'encontre de la *Fairness Tax*, en invoquant l'incompatibilité du régime avec le principe européen de liberté d'établissement, avec la directive européenne mère-fille et avec les principes constitutionnels de légalité et d'égalité. Avant de statuer, la

Cour a toutefois décidé de poser certaines questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Dans un arrêt du 27 mai 2017, la CJUE a considéré que le régime de la *Fairness Tax* violait partiellement le droit européen. En effet, si la Cour considère que le régime de la *Fairness Tax* ne constitue pas une retenue à la source contraire à l'article 5 de la directive mère-fille, à défaut pour l'assujetti à la taxe d'être détenteur des titres, il apparaît que, dans certains cas de figure, le régime viole l'article 4 de ladite directive. En effet, en cas de redistribution d'un dividende au cours d'une période imposable ultérieure à celle au cours de laquelle le dividende a été perçu, le mode de calcul de la *Fairness Tax* conduit à une taxation des dividendes visés par la directive mère-fille supérieure à 5 %, ce qui est contraire au droit européen.

Par ailleurs, la Cour voit une potentielle violation de la liberté d'établissement énoncée à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à l'égard du régime de la *Fairness Tax* à l'impôt des non-résidents. En effet, dans l'hypothèse où une société non-résidente avec un établissement belge distribue des dividendes prélevés intégralement sur des bénéfices non belges, la société résidente sera tout de même soumise à la *Fairness Tax*, à l'inverse d'une société exerçant ses activités économiques en Belgique au travers d'une filiale. La CJUE renvoie à la Cour constitutionnelle le soin de vérifier si une telle situation amène effectivement à un traitement fiscal moins avantageux des établissements belges par rapport aux sociétés résidentes, telles les filiales belges de sociétés étrangères.

Dans son arrêt du 1^{er} mars 2018, en plus de faire siennes les réponses fournies par la CJUE à ses questions préjudicielles, la Cour constitutionnelle constate que la manière dont la base imposable de la *Fairness Tax* doit être établie à l'impôt des non-résidents n'est pas claire. Elle en conclut que le régime applicable aux établissements belges de sociétés étrangères viole le principe de légalité, faute pour le contribuable de pouvoir déterminer, avec un niveau minimum de prévisibilité, le régime fiscal qui lui est applicable.

La Cour relève par ailleurs que le mode de calcul de la *Fairness Tax* a pour conséquence que les contribuables ayant un même bénéfice, qui ont distribué des dividendes d'un même montant et qui ont dans une même mesure fait application de la déduction pour capital à risque ou de la déduction des pertes reportées doivent payer un impôt d'un montant différent selon qu'ils ont appliqué ou non d'autres déductions fiscales ou réductions de valeur, provisions ou plus-values exonérées. Une telle distinction n'est toutefois pas pertinente à la lumière de l'objectif poursuivi par le législateur consistant à limiter l'usage excessif de la déduction pour capital à risque et de la déduction des pertes reportées. Le régime de la *Fairness Tax* viole par conséquent le principe constitutionnel d'égalité.

Sur la base des différentes violations constatées, la Cour constitutionnelle a conclu que les dispositions formant le régime de la *Fairness Tax* devaient être annulées dans leur ensemble. Toutefois, afin de tenir compte des difficultés budgétaires et administratives et du contentieux judiciaire qui pourraient découler de l'arrêt d'annulation, la Cour constitutionnelle a décidé de maintenir les effets des dispositions annulées pour les exercices d'imposition 2014 à 2018. Malgré tout, eu égard au principe de primauté du droit européen, ce maintien ne s'applique pas aux impositions par lesquelles la *Fairness Tax* a été perçue dans le chef de sociétés belges en violation de l'article 4 de la directive mère-fille.

Concrètement, seules les sociétés envers lesquelles l'application de la *Fairness Tax* a entraîné une taxation supérieure à 5 % à l'égard de dividendes visés par la directive mère-fille pourront réclamer un remboursement. Ces situations étant toutefois limitées, le cabinet Van Overtveldt estime que ces réclamations n'auront qu'un impact budgétaire limité sur les finances belges.

Antoine VERMEIRE
14 mars 2018